

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : Comment critiquer le droit civil? Une proposition d'innovation méthodologique féministe

Auteur(s) : Marie-Neige LAPERRIÈRE

Revue : RDUS, 2018, volume 48, numéro 1-2

Pages : 197-241

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/17921>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/17921>

Page vide laissée intentionnellement.

Comment critiquer le droit civil? Une proposition d'innovation méthodologique féministe

par Marie-Neige LAPERRIÈRE*

Prenant acte de la rareté des analyses critiques du droit civil au Québec, l'autrice veut contribuer à la recherche dans le domaine du droit en proposant une nouvelle méthodologie féministe. Elle s'appuie sur la théorie du point de vue situé et une prise en considération du pouvoir performatif de la norme de genre (et des rapports sociaux de sexe) sur le droit positif. Ces outils l'amènent à remettre en question des concepts fondamentaux en droit civil et à mieux comprendre le rôle du Code civil du Québec dans la reproduction des rapports sociaux de sexe. De manière plus pratique, l'autrice utilise cette méthodologie pour s'interroger sur le sujet de droit, en droit civil, et la construction apparemment asexuée de catégories telles que celles de « propriétaire » et de « locataire ».

Taking into account the scarcity of critical analyzes of civil law in Quebec, this article contributes to legal research by proposing a new feminist methodology. It is based on the standpoint theory and it takes into account the performative power of the gender norm (and social sex relations) on positive law. These methodological tools make it possible to question fundamental concepts in civil law and to better understand the role of the C.c.Q. in the reproduction of social sex relations. More practically, this methodology will be used to question the subject of law, in civil law, and the apparently asexual construction of categories such as "owner" and "tenant".

* Professeure de droit en sciences administratives, à l'Université du Québec en Outaouais, et notaire. Je tiens à remercier ma directrice de thèse, Violaine Lemay, ainsi que les organismes subventionnaires suivants : le Conseil de recherches en sciences humaines (CRSH), le Fonds de recherche du Québec – Société et culture (FRQSC) et la Chambre des notaires du Québec. L'article qui suit est tiré de ma thèse de doctorat : *Critique féministe matérialiste du droit civil québécois : le travail « domestique » et les violences sexuelles, les « impensés » du droit du logement* (certaines parties de l'article en reprennent textuellement des passages). Je remercie aussi sincèrement les deux personnes qui ont évalué mon article. Ces évaluations constructives m'ont beaucoup aidée à préciser et à raffiner ma pensée. Il est toutefois évident que je demeure seule responsable des erreurs que pourrait contenir mon texte.



Sommaire

Introduction.....	201
1. La théorie du point de vue situé pour repenser, la construction des connaissances scientifiques et juridiques	206
1.1 Critiquer l'objectivité scientifique et chercher à partir d'un point de vue situé	206
1.2 Adopter la théorie du point de vue situé pour étudier le droit positif, incluant les catégories juridiques	210
2. Le processus de qualification en droit, comme pratique performative d'exclusion, au sens de Judith Butler	211
2.1 La qualification comme mode de préhension du monde par le droit positif, c'est-à-dire catégoriser pour qualifier	213
2.2 Le genre, comme normes performatives.....	214
2.3 La qualification et la catégorisation juridiques, des processus performatifs	216
2.4 Autopsie par étape d'une nouvelle méthodologie.....	218
3. Le sexe caché du sujet de droit en droit civil.....	221
3.1 Déssexualiser la personne juridique par l'entremise du mythe fondateur de la liberté et de l'égalité de tous (et de toutes?).....	222
3.1.1 Le sujet de droit en droit civil, une fiction juridique	223
3.1.2 La liberté et l'égalité, comme descriptif d'un sujet mâle	225
3.2 Être sexué ou sexuée ou bien ne pas l'être, telle est la question?	227
3.2.1 Un paradoxe naturaliste autour du sexe juridique	227
3.2.2 Le sexe, une catégorie « performative » en droit civil.....	231
4. Les catégories de « propriétaire » et de « locataire » comme performance du point de vue situé des hommes	233
4.1 La division et la hiérarchie sexuelles dans les catégories du droit civil.....	234
4.2 « Performer » des catégories homogènes et d'exclusion	238
Conclusion	240



Introduction

Dans la communauté juridique québécoise, de plus en plus de chercheuses et de chercheurs revendiquent de faire de la recherche en utilisant des cadres conceptuels associés aux théories critiques. Nombre d'universités québécoises comptent des centres qui encouragent la recherche juridique basée sur des perspectives interdisciplinaires et qui s'intéressent au rôle du droit étatique dans la reproduction des rapports de pouvoir¹. Or, force est de constater que certains domaines du droit étatique sont rarement étudiés à partir des postulats des perspectives critiques. Le droit civil est un exemple de ces matières jugées souvent trop techniques pour faire l'objet de véritables analyses critiques fondées sur des perspectives théoriques externes à la discipline du droit². On reprochera souvent à ces approches d'oublier la logique inhérente à ce système et de nombreuses subtilités propres à cette matière³. Ces « manquements » auraient pour effet de dévaluer ces recherches, car elles seraient inutilisables par les praticiennes et les praticiens et autres spécialistes dans le domaine du droit. Ainsi, vouloir aborder le droit civil québécois dans une perspective féministe n'a rien d'évident. Cela exige certainement une

¹ À titre d'exemple, voir le Laboratoire pour la recherche critique en droit (LRCD), de l'Université de Sherbrooke (<http://www.lrcd-clrl.org/accueil/>), le Centre de recherche en droit public (CRDP), de l'Université de Montréal (<http://www.crdp.umontreal.ca/>), et le Centre d'études sur le droit international et la mondialisation (CÉDIM), de l'Université du Québec à Montréal (UQAM) (<http://www.cedim.uqam.ca/>).

² Il existe évidemment des exemples d'application de théories critiques au droit civil, notamment : André-Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français – La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », Paris, L.G.D.J., 1973; Hélène BELLEAU, *Quand l'amour et l'État rendent aveugle : le mythe du mariage automatique*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2011; Michelle BOIVIN, « L'évolution des droits de la femme au Québec : un survol historique », (1986) 2 *C.J.W.L.* 53; Louise LANGEVIN, « Mythes et réalités : la personne raisonnable dans le livre « Des obligations » du *Code civil du Québec* », (2005) 46 *C. de D.* 353; Thierry NOOTENS, « Des privations ne peuvent pas constituer une fortune » : les droits financiers des femmes mariées de la bourgeoisie québécoise face au marché, 1900-1930 », (2011) 65 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 59.

³ Michel VAN de KERCHOVE et François OST, « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit? », (1987) *Déviance et société* 183, 187.

grande part d'innovation et probablement même une certaine tolérance à l'endroit de petites erreurs ou d'un manque de précision aux yeux des spécialistes du droit civil. Il faut créer de nouvelles méthodes, de nouveaux savoirs, conjuguer une spécialité axée sur le droit civil avec une connaissance pointue des théories féministes. Bref, les compétences exigées se révèlent immenses et peuvent mener au découragement.

En matière de droit civil, les approches féministes se butent certainement à une difficulté supplémentaire, car le régime des obligations et des contrats, par exemple, ne fait aucune mention claire par rapport au critère du sexe, celui-ci ayant même été éliminé de domaines où il était explicitement utilisé, tels que le droit familial. Pour reprendre une expression de Danièle Kergoat, à propos de l'étude sociologique des classes ouvrières, il y a « escamotage de toute dimension sexuelle⁴ ». Il ne faut pas en déduire pour autant que le sexe y est inopérant, mais plutôt qu'il y constitue un « *angle mort*⁵ ».

Une autre difficulté à laquelle se heurtent les chercheuses et les chercheurs en matière de droit civil québécois qui voudraient étudier le *Code civil du Québec* de manière féministe est certainement le manque d'outils méthodologiques et conceptuels, notamment dans la langue française. C'est en ce sens que le présent essai⁶ souhaite être une contribution à la recherche dans le domaine du droit. Il transpose et introduit des outils d'analyse féministe à l'étude du droit civil. Ce type de recherche me semble d'autant plus important qu'au Québec le Code civil est un corpus normatif incontournable relativement à la mise en place et à la structuration d'un ensemble de relations entre personnes et entre groupes sociaux.

Inspiré de mes recherches doctorales, le texte qui suit se découpe essentiellement autour de deux grandes idées, chacune étant développée en deux parties. La première grande idée se divise en deux : la première et la

⁴ Danièle KERGOAT, *Se battre, disent-elles*, Paris, La Dispute, 2011, p. 87.

⁵ *Id.*

⁶ Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Libres propos sur l'essai juridique et l'élargissement souhaitable de la catégorie "doctrine" en droit », dans Karim BENYEKHLEF (dir.), *Le texte mis à nu*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, p. 107.

deuxième partie du texte présentent des concepts théoriques féministes sous-jacents à la méthodologie proposée⁷. Quoique je m'inscrive principalement dans la théorie féministe matérialiste, le cadre conceptuel proposé est constitué de différentes approches féministes. Ainsi, j'aborderai, dans la première partie, la théorie du point de vue situé et sa transposition à une analyse juridique. Dans la deuxième partie, je présenterai les effets performatifs du droit, dans le sens développé par Judith Butler, à travers le processus de qualification en droit suivi d'une synthèse des principales méthodes et étapes de cette méthodologie. La seconde grande idée regroupe les troisième et quatrième parties du texte : celles-ci constituent un exemple d'application de la méthodologie féministe à l'étude du droit civil. Plus précisément, la troisième partie démontre comment la personne juridique en droit civil incarne le point de vue de la classe des hommes⁸ ou de quelle manière le sujet de droit porte en permanence le sexe masculin. La quatrième et dernière partie déconstruit les catégories de « propriétaire » et de « locataire », fondamentales dans le système d'habitation québécois. Mon objectif n'est donc pas d'examiner en détail les régimes attachés à ces deux catégories, ni d'en offrir une analyse juridique pointue, mais plutôt de me positionner complètement à l'extérieur de la logique civiliste. J'examinerai alors la façon dont les prémisses, qui sous-tendent ces catégories, provoquent un mouvement contradictoire d'inclusion et d'exclusion : *inclusion* pour les personnes dont l'expérience cadre avec la

⁷ La méthodologie fait ici référence à l'ensemble des méthodes utilisées pour construire une recherche. Ces méthodes sont nombreuses et se réfèrent plutôt aux étapes et aux actions effectuées pour obtenir des résultats scientifiques. Pour plus de précisions sur la distinction entre les concepts de « méthode » et de « méthodologie », voir Noella MACKENZIE et Sally KNIPE, « Research Dilemmas: Paradigms, Methods and Methodology. Issues in Educational Research », (2006) 16 *Issues in Educational Research* 193.

⁸ La notion de classe de sexe provient du féminisme matérialiste et radical. Héritières des « classes sociales » marxistes, les classes de sexe transforment les catégories sexuelles en groupes sociaux, en opposition avec des groupes naturels. Voir Christine DELPHY, *L'ennemi principal I – Économie politique du patriarcat*, coll. « Nouvelles Questions féministes », Paris, Syllepse, 1998, p. 30. Sur le féminisme matérialiste, voir aussi : Christine DELPHY, *L'ennemi principal 2 : Penser le genre*, coll. « Nouvelles Questions féministes », Paris, Syllepse, 1998; D. KERGOAT, préc., note 4; Colette GUILLAUMIN, *Sexe, race et pratique du pouvoir : l'idée de nature*, coll. « Recherches », Paris, Côté-femmes, 1992.

construction du modèle type d'individu à loger, mais aussi *exclusion* de toutes celles donc la réalité quotidienne ne trouve pas de représentation dans ces critères ontologiques.

Précisons immédiatement que le droit du logement est ici entendu dans un sens large et non pas limité au système locatif. Il se réfère donc à l'ensemble du droit étatique qui organise le système d'habitation au Québec. À cet égard, et comme le relevait Claude Thomasset, le droit civil est le corpus principal de cette province en matière d'habitation⁹. Une grande partie des rapports entre individus à loger se trouve dans le Code civil. Il légifère autour du droit de propriété et des différents rapports contractuels qui balisent l'habitation, tels que celui de la vente¹⁰ ou celui du louage résidentiel¹¹. Pour ne citer que quelques exemples, il légifère à propos des troubles du voisinage¹², sur les relations avec les institutions financières en matière de sûreté immobilière¹³ et sur certains aspects du logement dans la vie familiale¹⁴.

La méthodologie proposée repose sur certaines prémisses relativement à la nature du droit civil. Selon le registre théorique utilisé, ces conceptions du droit se chevauchent, se contredisent ou se côtoient simplement. Ainsi, l'objet utilisé est le *Code civil du Québec*. Dans une perspective proche du positiviste juridique, ce texte de loi est du droit posé, du droit écrit, valide et légitime au regard de la structure du système juridique canadien.

Dans une optique féministe et fortement inspirée des écrits de Catharine A. MacKinnon, je considérerai le Code civil « comme cette

⁹ Claude THOMASSET, « Le logement, entre l'État et l'entreprise : genèse d'un droit en devenir », dans Robert D. BUREAU et Pierre MACKAY (dir.), *Le Droit dans tous ses états : la question du droit au Québec, 1970-1987*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1987, p. 245, à la page 269.

¹⁰ Sur le droit de propriété : *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991, art. 947-1211 (ci-après « C.c.Q. »); sur la vente : C.c.Q., art. 1708-1805.

¹¹ Sur le louage : C.c.Q., art. 1851-1891; sur le louage résidentiel : C.c.Q., art. 1892-2000.

¹² C.c.Q., art. 976.

¹³ Sur l'hypothèque immobilière précisément : C.c.Q., art. 2693-2695.

¹⁴ Sur la résidence familiale par exemple : C.c.Q., art. 401-413.

pratique d'État qui a affirmé sa validité en recouvrant de généralité et d'abstraction une forme de vie particulière, en s'appuyant sur le pouvoir et l'autorité¹⁵ ». Pour cette théoricienne féministe du droit, l'État n'est pas le fruit de l'institution démocratique auquel font référence les théories libérales. Il s'agit, plutôt d'une structure marquée par le pouvoir patriarcal, ce qui fait ainsi du droit positif une pratique qui porte aussi cette empreinte. Cette importance constitutive accordée au pouvoir patriarcal distingue cette théorie de différentes approches sociologiques ou interdisciplinaires¹⁶ qui posent également le droit comme une pratique sociale, sans avoir pour objectif de creuser la question du pouvoir, du sexe et du genre. L'importance accordée au pouvoir caractérise les études critiques du droit, au sens développé précédemment. Ainsi, décrire le droit civil comme une pratique insiste sur les nombreux choix sous-jacents à sa forme actuelle. Si le droit est une pratique, il peut donc être changé et même révolutionné.

De plus, en raison des emprunts théoriques faits à Butler dans la conception de la méthodologie que je propose, le droit civil sera aussi assimilé à un discours ou encore à une pratique discursive. En ce sens, le droit civil construit un certain registre conceptuel et normatif pour appréhender la « réalité » sociale. Plus encore, ce discours juridique, en raison de sa force obligatoire et de sa légitimité, a des effets contraignants certes, mais surtout il participe à la construction de cette « réalité » sociale.

¹⁵ Catharine A. MACKINNON, « Féminisme, marxisme et postmodernisme », dans Annie BIDET-MORDREL (dir.), *Les rapports sociaux de sexe*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 76, à la page 78.

¹⁶ À titre d'exemples : Jacques COMMAILLE, « Les nouveaux enjeux épistémologiques de la mise en contexte du droit », (2013) 70 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 62; Antoine BAILLEUX et François OST, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », (2013) 70 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 25; Jean-François GAUDREALT-DESBIENS et Diane LABRÈCHE, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain : l'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

1. La théorie du point de vue situé pour repenser la construction des connaissances scientifiques et juridiques

Les différentes écoles féministes ne constituent pas une méthode ni une méthodologie en soi. Ce sont plutôt diverses perspectives théoriques et militantes pour aborder des problématiques nouvelles. La recherche féministe remet en question les perspectives disciplinaires traditionnelles et les méthodologies jusqu'alors reconnues par la communauté scientifique, « voire, parfois, en vertu de ce regard neuf, elle favorise l'émergence et le développement de méthodes de recherche novatrices¹⁷ ». Ainsi, aborder une question avec une perspective féministe, c'est produire de la science, en ayant à cœur un objectif d'émancipation des femmes et de changement d'ordre social. Cela suppose nécessairement d'adapter les méthodes de recherche pour atteindre les objectifs poursuivis.

Chercher à partir d'une perspective féministe signifie nourrir une certaine méfiance à l'endroit des outils méthodologiques et épistémologiques reconnus par la pensée scientifique contemporaine. Cette première section présente certaines remises en question autour de l'objectivité scientifique, ainsi que les apports d'une approche qui revendique d'assumer le point de vue situé de la construction de la connaissance scientifique. Cette théorie a également été transposée à l'étude du droit.

1.1 Critiquer l'objectivité scientifique et chercher à partir d'un point de vue situé

Une des caractéristiques centrales de plusieurs recherches féministes est de remettre en question le principe d'objectivité, fondamental pour assurer la légitimité des connaissances scientifiques. Certaines théoriciennes féministes ont dénoncé l'objectivité scientifique, comme le résultat du point de vue situé du groupe dominant. Ce point de vue camouflé derrière une façade d'objectivité provoque une hiérarchisation de la con-

¹⁷ Michèle OLLIVIER et Manon TREMBLAY, *Questionnements féministes et méthodologie de la recherche*, coll. « Outils de recherche », Paris, L'Harmattan, 2000, p. 21-22.

naissance. Comme solution, elles proposent d'assumer méthodologiquement le point de vue situé, pour obtenir une connaissance « vraie ».

Dans une perspective matérialiste, Christine Delphy résume très bien le rapport existant entre le pouvoir et l'élaboration des connaissances :

Qu'il n'y ait pas de connaissance neutre est un lieu commun. Mais de notre point de vue cela a un sens très précis. Toute connaissance est le produit d'une situation historique, qu'elle le sache ou non. Mais qu'elle le sache ou non fait une grande différence; si elle ne le sait pas, si elle se prétend « neutre », elle nie l'histoire qu'elle prétend expliquer, elle est idéologique et non connaissance. Toute connaissance qui ne reconnaît pas, qui ne prend pas pour prémisse l'oppression sociale, la nie, et en conséquence la sert objectivement¹⁸.

Les critiques de la science par les féministes, dont l'école matérialiste, remettent grandement en question l'objectivité prônée à toutes les étapes de la recherche et réfléchissent sur les conséquences qu'elle emporte. Par exemple, quelles questions la science reconnaît-elle comme légitimes? Quel est le rapport entretenu par le chercheur ou la chercheuse avec son objet de recherche? Quels sont les implicites qui se cachent à l'intérieur du cadre conceptuel choisi? Comment ces pôles d'influence teintent-ils les résultats obtenus? Compatible avec une vision constructiviste de la science¹⁹, la connaissance n'est plus comprise comme une réalité figée à observer, mais plutôt comme une construction active, à laquelle appartient une part de subjectivité²⁰. La spécificité de la critique féministe matérialiste réside dans sa dénonciation du rôle des rapports sociaux de

¹⁸ Chr. DELPHY, *L'ennemi principal 1 : Économie politique du patriarcat*, préc., note 8, p. 265.

¹⁹ Ernst VON GLASERSFELD, « Introduction à un constructivisme radical », dans Paul WATZLAWICK (dir.), *L'invention de la réalité : comment savons-nous ce que nous croyons savoir? Contributions au constructivisme*, Paris, Éditions du Seuil, 1988, p. 19, à la page 35.

²⁰ Lorraine CODE, « Taking Subjectivity into Account », dans Linda ALCOFF et Elizabeth POTTER (dir.), *Feminist Epistemologies*, New York, Routledge, 1993, p. 15.

sexe en matière de construction de la connaissance et dans son refus d'opposer l'objectivité et la subjectivité.

Les arguments féministes ne se résument pas à défendre l'égalité de la subjectivité avec l'objectivité : ils servent aussi à refuser cette dichotomie. C'est dans ce sens que MacKinnon met en garde contre une perspective qui souhaiterait simplement faire de la subjectivité une meilleure prémisse épistémologique ou, à tout le moins, la présenter comme un fondement de la connaissance aussi valable que l'objectivité²¹. Continuer de réfléchir à l'intérieur de cette dichotomie ne permet pas de renverser la hiérarchie sous-jacente entre les connaissances produites à partir de cette distinction analytique.

L'absence d'objectivité de la science a comme conséquence que toute connaissance produite est nécessairement située. En réponse à cette critique, certaines féministes proposeront une approche qui assume cette part de subjectivité, à l'intérieur de toute recherche scientifique, généralement connue sous le nom de « théorie du point de vue situé²² ». Une telle rupture épistémologique provoque une révolution de la production de la connaissance scientifique²³. Dans une recherche féministe, l'expérience de la classe des femmes sera posée comme point de départ. Ce positionnement ne donne pas accès à *la* vérité, mais à *une* vérité située au cœur de

²¹ Catharine A. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 120-121.

²² On trouve différentes appellations autour de cette approche : C.A. MACKINNON, préc., note 21, emploie l'expression « consciousness raising », alors que Nancy C.M. HARTSOCK, « The Feminist Standpoint: Developing the Ground for a Specifically Feminist Historical Materialism », dans Sandra G. HARDING et Merrill B. HINTIKKA (dir.), *Discovering Reality*, Dordrecht, Boston et Londres, D. Reidel Publishing Company, 1983, p. 283, privilégie la tournure « feminist standpoint ». Pour sa part, Rémi Bachand, « Les apports de la théorie féministe du positionnement dans une théorie (critique) du droit (international) », dans Georges AZZARIA (dir.), *Les cadres théoriques du droit : actes de la 2^e Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 137, à la page 138, traduit l'expression par « théorie féministe du positionnement ».

²³ Sandra G. HARDING, « Rethinking Standpoint Epistemology: What is "Strong Objectivity"? », dans Linda ALCOFF et Elizabeth POTTER (dir.), préc., note 20, p. 49, à la page 52; N.C.M. HARTSOCK, préc., note 22, à la page 284.

l'oppression des femmes²⁴. Pour le dire simplement, cette méthode assume que toutes les connaissances sont « partielles et partiales²⁵ ».

Ainsi, pour faire de la recherche féministe matérialiste, il ne suffit pas d'étudier les femmes en se basant sur des méthodologies et des méthodes existantes, ni de simplement chercher à découvrir des traces de l'expression des rapports sociaux de sexe à travers différentes situations. Il importe également d'interroger la construction de la connaissance elle-même et, par conséquent, ses outils de fabrication. Dans ces circonstances, la théorie du point de vue situé est une épistémologie qui oriente le choix du cadre théorique et méthodologique d'une recherche²⁶. Pour reprendre ici les mots de Delphy, il faut s'intéresser au « point de vue qui a constitué les faits en faits; ce n'est pas seulement l'interprétation de l'objet qui est en cause, mais le regard qui perçoit l'objet, et l'objet qu'il constitue; donc jusqu'aux concepts les plus apparemment "techniques" et "neutres"²⁷ ». Ainsi, le fait que le « sexe » ne semble pas être un critère déterminant en droit civil, dans l'établissement des rapports contractuels par exemple, devient justement un point de départ pour interroger les éléments sous-jacents à cette relation juridique.

Différents commentaires et critiques peuvent être soulevés quant à l'approche basée sur le point de vue situé²⁸. Si, d'une part, la « position rationaliste²⁹ » est largement remise en question, à l'inverse un « relati-

²⁴ Susan HEKMAN, « Truth and Method: Feminist Standpoint Theory Revisited », (1997) 22 *Signs* 341, 342.

²⁵ Danielle JUTEAU-LEE, « Visions partielles, visions partiales : visions des minoritaires en sociologies », (1981) 13 *Sociologie et sociétés* 33, 36-37.

²⁶ Sur la relation entre l'épistémologie, le cadre théorique et les choix méthodologiques, voir Michael CROTTY, *The Foundations of Social Research: Meaning and Perspective in the Research Process*, Crows Nest et Londres, Thousand Oaks et Sage Publications, 1998, p. 1-17.

²⁷ Chr. DELPHY, *L'ennemi principal 1 : Économie politique du patriarcat*, préc., note 8, p. 264.

²⁸ Marcel STOETZLER et Nira YUVAL-DAVIS, « Standpoint Theory, Situated Knowledge and the Situated Imagination », (2002) 3 *Feminist Theory* 315; pour un résumé des débats autour de la théorie du point de vue situé, voir plus précisément les pages 316 à 321.

²⁹ M. OLLIVIER et M. TREMBLAY, préc., note 17, p. 80.

visme radical³⁰ », à l'intérieur duquel le caractère situé de toute connaissance peut lui fait perdre sa valeur explicative, ne doit pas devenir un fourre-tout prétexte à un manque de rigueur.

1.2 Adopter la théorie du point de vue situé pour étudier le droit positif, incluant les catégories juridiques

Cette remise en question épistémologique et méthodologique n'épargne pas l'étude du droit étatique. Selon une perspective féministe, la méthodologie dominante dans la discipline du droit ne permet pas d'étudier le point de vue des femmes. En affichant une neutralité sexuelle, elle endosse implicitement le point de vue dominant de la classe des hommes. L'étude critique du droit nécessite alors d'adopter une méthodologie différente ancrée dans le point de vue des femmes. C'est une inversion de la perspective. En effet, si le droit positif repose majoritairement sur le point de vue de la classe des hommes, son étude critique suppose de démarrer la réflexion en examinant la réalité des femmes plutôt que le texte même de la loi.

En étudiant différentes décisions concernant le « droit des femmes », Mary Jane Mossman prend conscience des déficiences de la méthodologie légale pour saisir la situation des femmes. Dans leur raisonnement juridique, les juges intègrent des arguments patriarcaux, fondés sur des idées philosophiques, théologiques et scientifiques, ce qui met ainsi complètement à l'écart l'expérience concrète des femmes³¹. Mossman développe alors l'idée que, pour faire avancer la cause des femmes devant les tribunaux, il ne suffit pas d'en augmenter la représentation ou d'y inclure des arguments féministes : il faut remettre en perspective les fondements mêmes de la méthodologie juridique³². Elle expose trois critiques principales à l'endroit de ces façons de faire³³. Premièrement, la méthodologie juridique fait du droit un système fermé qui définit lui-même ses

³⁰ *Id.*

³¹ Mary Jane MOSSMAN, « Feminism and Legal Method: The Differences It Makes », dans D. Kelly WEISBERG (dir.), *Feminist Legal Theory: Foundations*, Philadelphie, Temple University Press, 1993, p. 539, à la page 542.

³² *Id.*, à la page 548.

³³ *Id.*, aux pages 547-548.

limites. Deuxièmement, les méthodes employées par les juristes et les juges déterminent elles-mêmes les faits pertinents à retenir pour l'analyse juridique. Mossman observe ainsi que le sexe a parfois été un critère reconnu comme légitime, parfois non, dans des causes concernant le statut des femmes à l'intérieur du système juridique. Troisièmement, l'application de la méthodologie juridique repose sur un grand nombre de choix, lesquels sont en partie imprévisibles. Ils peuvent donc être favorables ou non à la cause des femmes.

Pour Katharine T. Barlett, faire une critique féministe en droit, c'est d'abord tâcher de comprendre la manière dont le droit faillit à prendre en considération la réalité des femmes ou encore comment les concepts légaux désavantagent ces dernières³⁴. Cela suppose un renversement du point de vue. Plutôt que d'observer en amont ce que le droit dit être, le questionnement démarre du bas, à partir de la réalité sociale de certains groupes ciblés. En effet, au lieu d'interroger l'intention du législateur, la chercheuse ou le chercheur se place du point de vue d'un groupe social précis, en l'occurrence les femmes. Ce nouvel angle d'approche permet d'observer les effets pluriels du droit positif, de manière à insister sur les écarts entre le droit tel qu'il est conçu par les juristes et son application concrète. Quoique partageant des accointances avec la sociologie du droit et les études sur l'effectivité³⁵, le propre des approches féministes est d'analyser la façon dont ces effets contribuent à la hiérarchisation sexuelle dans la société.

2. Le processus de qualification en droit, comme pratique performative d'exclusion, au sens de Judith Butler

À partir de certaines idées de Butler, j'expliquerai maintenant comment le point de vue situé des hommes sous-jacent à la construction

³⁴ Katharine T. BARTLETT, « Feminist Legal Methods », dans D. Kelly WEISBERG (dir.), préc., note 31, p. 550, à la page 551.

³⁵ À titre d'exemples : Pierre LASCOUMES et Évelyne SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », (1986) 2 *Droit et société* 101; Guy ROCHER, « L'effectivité du droit », dans Andrée LAJOIE (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal et Bruxelles, Éditions Thémis et Bruylant, 1998, p. 133.

du droit civil a des effets performatifs. Précisons immédiatement que ce concept diffère de celui de Paul Amselek, élaboré pour décrire l'action du droit positif³⁶.

Attaché aux théories du langage, le concept butlérien permet de capter la double action du genre dans la fabrication de la réalité par le droit. Dans un premier temps, le genre³⁷, ou – selon le langage matérialiste – les rapports sociaux de sexe, construit la réalité sociale, dont le droit positif. Dans un second temps, ce droit, imprégné des normes de genre, performe à son tour la « réalité » juridique et sociale. Le genre ou les rapports sociaux de sexe deviennent alors transversaux à l'organisation de la société et du droit qui la structure.

Cette action performative du droit est directement liée aux processus de qualification et de catégorisation propres à la méthode juridique. La première section de cette partie leur sera consacrée. Le concept de performativité, tel qu'il a été mis au point par Butler, sera ensuite présenté. La section suivante explique comment les actes qui consistent à qualifier et à catégoriser sont des pratiques performatives qui créent une organisation, à la fois juridique et sociale, dont la classe des femmes est exclue. La dernière section de cette partie expliquera de manière détaillée et réflexive la méthode proposée.

³⁶ Paul AMSELEK, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, coll. « Le Temps des idées », Paris, Armand Colin, 2012, p. 230-231, définit ainsi le « performatif » :

Les actes d'édiction des normes juridiques, en effet, ne sont pas de simples actes de dire – de prononcer ou d'écrire – des énoncés de règles : ce sont des actes de paroles au sens de la philosophie contemporaine du langage (ce qu'elle appelle des « performatifs »), c'est-à-dire des actes sociaux accomplis avec des paroles.

³⁷ Le concept de genre chez Butler ne représente pas la partie culturelle d'un sexe autrement biologique. Au contraire, « le genre désigne précisément l'appareil de production et d'institution des sexes eux-mêmes » : Judith BUTLER, *Trouble dans le genre. Le féminisme et la subversion de l'identité*, Paris, La Découverte, 2006, p. 63. Alors que le concept de classe de sexe prend ancrage dans une théorisation matérialiste, le concept de genre s'intéresse plutôt à la structure du langage. Tous deux se rejoignent dans une compréhension de déconstruction radicale du sexe/genre et refusent toute conception présociale ou prédiscursive du sexe/genre.

2.1 La qualification comme mode de préhension du monde par le droit positif, c'est-à-dire catégoriser pour qualifier

La qualification à l'intérieur de la discipline du droit moderne consiste « à mettre en présence deux systèmes conceptuels, l'un qui décrit une situation de vie [...], l'autre qui confère à cette situation sa qualification juridique³⁸ ». En droit civil, la qualification « détermine la nature juridique³⁹ » des faits. Il est utile d'observer que, à l'intérieur du droit civil, la catégorie permet également de classer et d'organiser les relations et les personnes. Plutôt que de considérer cette technique juridique comme « un passage du fait au droit⁴⁰ », François Rigaux estime que « [p]our être appréhendés par la norme juridique les faits doivent être introduits dans un appareil conceptuel, le langage⁴¹ ». La qualification s'apparente alors à la traduction. Elle est le processus par lequel le droit se saisit conceptuellement d'une réalité, elle-même décrite à partir d'un langage extérieur au droit. Ce processus de qualification repose sur une double traduction, au moment de la saisie par le droit d'une certaine réalité, et également à l'occasion de la restitution des faits juridiques vers un autre ordre conceptuel qui lui est extérieur.

La qualification, dont la catégorisation est l'un des outils, décrit le moyen par lequel le droit positif obtient la capacité de se saisir d'une situation factuelle. Elle permet au droit d'identifier et de nommer les éléments sur lesquels il aura « compétence ». Le mot « compétence » ne se réfère pas ici aux pouvoirs et aux permissions que le droit donne à ses sujets⁴², mais aux champs d'expertise du droit lui-même. En d'autres termes, n'est légal et légitime pour le droit que ce qu'il peut traduire. C'est par un processus de division, de classement et de catégorisation que le droit positif peut se saisir d'une réalité sociale. La catégorie juridique

³⁸ François RIGAUX, « Qualification », dans André-Jean ARNAUD et Jean-Guy BELLEY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 498, à la page 498.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.*

⁴² Bernard S. JACKSON et Éric LANDOWSKI, « Compétence », dans André-Jean ARNAUD et Jean-Guy BELLEY (dir.), *préc.*, note 38, p. 77, à la page 77.

devient alors « une unité conceptuelle traitée comme fondamentale qui sert de base pour une [...] classification des objets⁴³ ». Comme l'explique Michelle Cumyn⁴⁴, la catégorisation définit le régime juridique qui s'applique à une situation. La catégorisation est donc intimement liée au processus de qualification juridique, car elle permet d'identifier le régime juridique applicable à une situation factuelle.

S'intéresser aux processus de qualification et de catégorisation en droit signifie s'interroger sur l'organisation de la connaissance juridique. Or, comme le souligne Cumyn : « En droit comme dans les autres domaines, les catégories ont cette caractéristique qu'une fois apprises leur utilisation devient intuitive : elle paraît aller de soi⁴⁵. » Cette autrice constate avec justesse que la discipline du droit moderne oublie trop souvent de remettre en question la manière dont est construit son savoir. Cette critique ne concerne pas exclusivement les juristes. En fait, elle s'applique à l'ensemble des disciplines et des savoirs universitaires, y compris le féminisme⁴⁶.

2.2 Le genre, comme normes performatives

Dans son ouvrage intitulé *Trouble dans le genre*, Butler élabore tout un appareillage théorique pour comprendre de quelle manière le genre est performatif. Comme l'explique Alexandre Baril, autrefois connu sous le nom d'Audrey, « [c]ela signifie que le genre est un énoncé sans substrat métaphysique et ontologique qui, par son énonciation et sa répétition, réa-

⁴³ Jacques COMMAILLE et André-Jean ARNAUD, « Catégorie », dans André-Jean ARNAUD et Jean-Guy BELLEY (dir.), préc., note 38, p. 58, à la page 58.

⁴⁴ Michelle CUMYN, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématité du droit », (2011) 52 *C. de D.* 351, 368-377.

⁴⁵ *Id.*, 378.

⁴⁶ Pour deux exemples de critiques féministes de la connaissance en sociologie, voir : Nicole-Claude MATHIEU, *L'anatomie politique : catégorisations et idéologies du sexe*, coll. « Recherches », Paris, Côté-femmes, 1991, p. 17-41; Dorothy E. SMITH, « Women's Perspective as a Radical Critique of Sociology », dans Sandra G. HARDING (dir.), *Feminism and Methodology: Social Science Issues*, Bloomington et Milton Keynes, Indiana University Press et Open University Press, 1987, p. 84, aux pages 84-96.

lise ce qu'il dit, soit un genre féminin ou masculin⁴⁷ ». La capacité de fabriquer « ce qu'il dit » fait du genre un discours normatif. À ce titre, c'est un moteur dans la production de toute connaissance humaine. Il détermine la façon d'appréhender la « réalité » sociale. Butler explique ce qui suit : « Les normes de genre [...] établissent ce qui sera intelligiblement humain ou ne sera pas, ce qui sera considéré ou non comme “ réel ”. C'est en ce sens que l'on peut dire que ces mêmes normes constituent le champ ontologique où les corps trouvent leur expression légitime⁴⁸. »

En ce sens, les normes de genre précèdent le sexe et le créent. En s'intéressant à la performativité, Butler déconstruit les préjugés biologisants sur le sexe. Les normes de genre deviennent un « principe organisateur⁴⁹ ».

C'est donc par cet appareil normatif « bigenré » que le monde environnant devient accessible et imaginable pour l'esprit humain. Les normes prévalent alors et se positionnent comme des évidences. Elles mettent en place un cadre cohérent, mais également limité et contraignant pour percevoir de manière intelligible des phénomènes concrets. Ces « évidences » en arrivent à imposer des limites « dans les termes d'un discours culturel hégémonique fondé sur les structures binaires qui se font passer pour le langage de la rationalité universelle. La contrainte est donc inscrite au niveau même de ce que ce langage permet de formuler et d'imaginer en tant que domaine du genre⁵⁰. »

Les normes de genre peuvent ainsi être décrites comme une structure de domination. Les conséquences de ce pouvoir s'évaluent dans l'observation des inégalités sexuelles.

Par l'assimilation du genre à des normes, les outils conceptuels féministes de Butler se transposent à l'analyse du droit comme pratique ou

⁴⁷ Audrey BARIL, « De la construction du genre à la construction du « sexe » : les thèses féministes postmodernes dans l'œuvre de Judith Butler », (2007) 20 *Recherches féministes* 61, 64.

⁴⁸ J. BUTLER, préc., note 37, p. 47.

⁴⁹ *Id.*, p. 259.

⁵⁰ *Id.*, p. 72.

discours normatif. En tant que structure de domination, les normes de genre imprègnent le droit étatique dès sa conceptualisation. Elles se performent donc à l'intérieur des normes juridiques. Je compte examiner ci-dessous la manière dont la performativité des normes de genre se reproduit par l'entremise du droit positif, celui-ci devenant également un discours normatif et performatif. Le concept de performativité des normes de genre, groupé à celui de double traduction par le processus de qualification juridique, permet de jeter un regard féministe sur l'entrelacement du droit positif et de la reproduction des rapports sociaux de sexe.

2.3 La qualification et la catégorisation juridiques, des processus performatifs

La mise en place théorique précédente insiste sur le « pouvoir des mots⁵¹ ». S'inspirant de Michel Foucault, Butler s'intéresse au pouvoir régulateur du droit. Il est généralement interprété « de manière purement négative – c'est-à-dire, en termes de restrictions, de prohibition, de régulation, de contrôle ou encore de "protection" des individus [...] Or les sujets régulés par des structures sont, par le simple fait d'y être assujettis, formés, définis et reproduits conformément aux exigences de ces structures⁵². »

Le droit étatique régule des sujets qu'il produit lui-même et qui répondent, par conséquent, à des critères qu'il met en place. Butler explique de manière plus détaillée :

Le pouvoir juridique « produit » incontestablement ce qu'il prétend simplement représenter; c'est pourquoi la politique doit s'occuper de cette double fonction du pouvoir : juridique et productive. En effet, la loi produit l'idée d'un « sujet avant la loi », puis fait disparaître cette formation discursive avant de la convoquer à titre de prémisse fondatrice naturalisée pour légitimer en retour l'hégémonie régulatrice de cette même loi⁵³.

⁵¹ Je fais ici référence au titre de l'ouvrage suivant : Judith BUTLER, *Le pouvoir des mots : politique du performatif*, Paris, Éditions Amsterdam, 2004.

⁵² J. BUTLER, préc., note 37, p. 61.

⁵³ *Id.*

Butler s'intéresse précisément à la manière dont le droit positif fabrique son propre sujet. Cette création n'est pas étrangère au processus de qualification et de catégorisation. La capacité créatrice du droit fait de ces étapes de la méthode juridique un processus performatif. Cette idée suggère que la qualification en droit ne fait pas que traduire ou décrire une situation factuelle préexistante : elle en fabrique une nouvelle, fondée sur un sujet de droit artificiel. La performativité se produit lorsque des critères, dont la fonction semble descriptive, deviennent concrètement constitutifs du sujet produit. Quand le législateur édicte une norme, il crée également une fiction à l'intérieur du droit. Cette fiction n'en est pas moins effective pour autant, car elle produit des effets tangibles à l'intérieur même de la structure sociale.

L'une des conséquences principales de l'étude du pouvoir performatif du droit, et c'est probablement l'apport majeur de Butler à cette construction méthodologique, est de mettre en avant que le droit, en produisant lui-même son sujet, produit nécessairement ceux et celles qui en seront exclus ou exclues. À partir d'une grille d'analyse féministe, ce mode d'exclusion repose sur la domination sexuelle. C'est à cet effet que Butler écrit que « les sujets du droit sont continûment produits par le biais de certaines pratiques d'exclusion qui ne se "voient" pas, une fois que la structure juridique du politique fait loi⁵⁴ ». Le droit positif se met au service de « fins précises de légitimation et d'exclusion⁵⁵ ». Ladite exclusion est également orchestrée par le processus de qualification et de catégorisation. La performance d'exclusion y est double. Les normes de genre traversent d'abord la construction conceptuelle du droit. Au moment de son application, le droit de l'État restitue alors ces normes sous le couvert de la légitimité juridique.

Ces prémisses théoriques et épistémologiques féministes ouvrent la voie vers la conception d'une nouvelle méthodologie pour critiquer le droit civil.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*

2.4 Autopsie par étape d'une nouvelle méthodologie

J'expliciterai dans ce qui suit la nouvelle méthodologie proposée pour une analyse féministe du droit civil et les méthodes qui s'y rattachent. Le droit du logement et les catégories de « propriétaire » et de « locataire » qui le structurent dans le Code civil me serviront d'exemples pour appliquer concrètement les idées proposées. En raison des visées explicatives de cette section, je décrirai cette méthodologie à travers des étapes. Leur linéarité apparente est artificielle et n'existe que pour en faciliter la compréhension. Durant l'avancement des recherches, il est très fréquent de revenir à des étapes antérieures et d'en peaufiner les résultats.

Quoique la méthodologie proposée ait pour objectif l'étude du droit étatique, elle suppose, dès le départ, un renversement épistémologique par rapport aux habitudes méthodologiques des juristes. Comme *première étape*, plutôt que de démarrer la recherche à partir des sources traditionnelles du droit, je propose d'amorcer la première collecte de données en se concentrant sur l'expérience concrète des femmes autour du sujet choisi. Ce dernier ne doit en aucune manière se cantonner dans les classements et les catégories qui existent en droit positif. Par exemple, lorsqu'on fait le choix de travailler sur la question de l'habitation, il ne faut pas chercher immédiatement à savoir quel est le droit applicable, mais plutôt ce qui caractérise l'expérience des femmes dans ce domaine. Autrement dit, le point de vue des femmes devient central dans la définition même du sujet retenu pour la recherche. Cette étape de collecte de données peut se faire en ayant recours à une méthode qualitative ou quantitative ou encore en utilisant une méthode hybride⁵⁶. La collecte de données se déroule généralement de manière synchrone avec le choix du cadre d'analyse féministe et la construction de la grille qui guidera la recherche. Il importe aussi de consulter des travaux de recherches féministes pour identifier ce qui constitue la spécificité de l'expérience des femmes, selon la littérature. La première collecte de données a donc pour objet de tracer un portrait empirique et théorique de ce qui constitue la spécificité de l'expérience de la classe des femmes relativement au sujet traité.

⁵⁶ N. MACKENZIE et S. KNIPE, préc., note 7.

Par la suite, il importe de s'intéresser aux sources traditionnelles du droit qui structurent le sujet choisi. Comme *deuxième étape*, il faut déterminer les chapitres et les articles du Code civil qui concernent le sujet choisi. Ici, une méthode documentaire est généralement priorisée. On doit alors prêter attention particulièrement aux concepts et aux catégories qu'emploie le législateur pour appréhender et qualifier le sujet choisi. Par exemple, en matière d'habitation, j'ai constaté que le rapport contractuel est central, ainsi que certaines catégories telles que celles de « propriétaire » et de « locataire ».

La *troisième étape* consiste à confronter l'expérience concrète des femmes, telle que développée à la première étape, avec les choix législatifs mis en évidence à la deuxième étape. Il convient d'observer et d'explicitier les écarts entre cette expérience des femmes et les choix effectués par le législateur. Ces résultats deviennent alors des pistes explicatives pour comprendre la façon dont le droit étatique contribue concrètement à maintenir les écarts sociaux. Autrement dit, de quelle manière le droit civil intègre-t-il des modèles sociaux sexués⁵⁷ et reproduit-il légalement des normes de genre, malgré un texte apparemment asexué. La nécessité d'identifier ces mécanismes patriarcaux législatifs présuppose que ladite opération pourra conduire à des changements féministes.

De manière réflexive, il faut reconnaître que cette méthodologie connaît plusieurs limites. La compréhension et la prise en considération de ces limites permettent de mieux déterminer les champs d'application de cette méthodologie et la nature des résultats obtenus. Pour ma part, je mets en évidence principalement trois limites : la première se situe du côté des études féministes; la deuxième, touche la perspective de la discipline du droit; et la troisième concerne le niveau des connaissances produites. Premièrement, cette méthodologie n'intègre pas les nombreux apports des perspectives intersectionnelles et consubstantielles. Elle se concentre ex-

⁵⁷ Le terme « sexué » que j'emploie tout au long de mon texte se veut plus large et inclusif que le terme « sexuelle », puisque le premier cherche à désigner les distinctions et les violences commises à l'endroit d'une personne en raison de son statut de classe de sexe.

clusivement sur le groupe social des femmes. Cette limite découle essentiellement de deux difficultés éprouvées dans mes propres recherches. Tout d'abord, cette méthode est proposée pour des juristes. Leur formation disciplinaire n'inclut généralement pas l'acquisition de compétences relativement aux méthodes de recherches scientifiques propres aux sciences sociales. Par conséquent, la première étape ici proposée, soit la collecte de données à l'extérieur du champ juridique, a représenté une réelle difficulté à mes yeux, et je présume qu'il en sera peut-être de même pour d'autres juristes. De plus, malgré tout le dynamisme des recherches féministes au Québec, de nombreux domaines manquent encore cruellement de données scientifiques. Ce manque génère une difficulté additionnelle dans la collecte de données, surtout lorsque le chercheur ou la chercheuse souhaite tenir compte de plusieurs variables.

Deuxièmement, au regard de la discipline du droit, il est pratiquement impossible de répertorier l'ensemble des sources du droit qui concernent le sujet choisi par le chercheur ou la chercheuse. Par exemple, répertorier l'ensemble du droit positif concernant le droit du logement est en soi un travail de recherche colossal. Même si l'on se limite au Code civil, il est pratiquement impossible de repérer tous les articles qui influent sur un thème, tel le logement, et d'en proposer une analyse fine au regard de la méthode proposée. Il faut donc bien se rappeler l'objectif de cette méthode, soit mettre en lumière les mécanismes par lesquels le droit civil, et potentiellement le droit étatique plus généralement, participe à la production et à la reproduction des rapports sociaux de sexe, sans viser une connaissance exhaustive du droit positif.

Troisièmement, et cette limite vient probablement du fait d'étudier le droit étatique, l'objet de cette méthode n'est pas d'expliquer des situations individuelles, pas plus qu'elle ne permet de le faire. Elle cherche plutôt à comprendre des relations qui se situent à l'échelle des rapports sociaux⁵⁸.

⁵⁸ Sur la distinction relation individuelle et les rapports sociaux, voir D. KERGOAT, préc. note 4, p. 128.

La méthodologie ayant été exposée, ainsi que mes prémisses théoriques, j'aborderai maintenant les troisième et quatrième parties et où je propose un exemple d'analyse et de déconstruction autour des catégories de « propriétaire » et de « locataire ».

3. Le sexe caché du sujet de droit en droit civil

Au cœur du droit civil, et du système juridique plus généralement, se trouve le sujet de droit, incarné par la personne juridique. Cette dernière est double, tant physique ou humaine⁵⁹ que morale⁶⁰. Je concentrerai mon analyse exclusivement sur le concept de personne physique. Les expressions « sujet de droit » et « personne juridique » seront donc employées comme des synonymes. Pour reprendre les mots de Jean Carbonnier, « [l]a personne physique (*personne* par excellence), c'est l'individu, c'est l'être humain, tel qu'il est pris en considération par le droit⁶¹ ». Cette citation rappelle que l'expression désigne la manière par laquelle le droit de l'État se saisit, par le processus de qualification, de la personne humaine pour en faire son sujet.

Dans cette partie, je veux globalement examiner la critique féministe du sujet de droit, autrement posé comme asexué dans la théorie dominante. Cela signifie vouloir comprendre de quelle manière les rapports sociaux de sexe participent à la construction de ce sujet et comment le genre y est performé en permanence. La personnalité juridique devient alors un concept porteur d'intérêts patriarcaux. Une telle intrusion rend le sujet de droit implicitement sexué en permanence. Les rapports sociaux de sexe et le genre deviennent déterminants à l'intérieur de toutes les relations juridiques, qu'elles se réfèrent explicitement ou non au sexe des sujets.

Ce sujet est au cœur du système d'habitation. Comme il établit pour les individus les critères reconnus par le droit étatique pour structurer

⁵⁹ C.c.Q., art. 1.

⁶⁰ C.c.Q., art. 298.

⁶¹ Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, t. 1, coll. « Quadriga Manuels », Paris, Quadriga/Presses universitaires de France, 2004, p. 377.

les manières légales de se loger, il devient par conséquent la norme pour que le droit se saisisse de la personne à loger.

La troisième partie de mon texte est divisée en deux : je m'intéresserai d'abord au processus de désexualisation du sujet de droit, rendu possible par l'importance accordée aux valeurs d'objectivité, de liberté et d'égalité par le législateur. Ensuite, j'exposerai un paradoxe à propos du sexe du sujet de droit en me penchant sur le processus de sexualisation de ce même sujet.

3.1 Désexualiser la personne juridique par l'entremise du mythe fondateur de la liberté et de l'égalité de tous (et de toutes?)

L'article premier du Code civil présente son sujet : « Tout être humain possède la personnalité juridique; il a la pleine jouissance des droits civils⁶². » Certaines prémisses libérales sont aux fondements de la constitution de ce sujet. À l'intérieur du Code civil, tous les êtres humains sont égaux, puisqu'ils possèdent tous la personnalité juridique et qu'à ce titre ils ont des droits qu'ils pourront exercer pleinement. Il existe pourtant une distance entre le sujet de droit et la personne humaine prise dans sa globalité. De tels écarts ne sont pas exclusifs aux femmes. On trouve cependant une critique féministe spécifique de la personne juridique. Ce discours fait ressortir que, quoique le sujet de droit soit asexué grammaticalement, sa construction est intimement liée aux rapports sociaux de sexe. Elle insiste sur les dessous patriarcaux des prémisses libérales, en remettant en question les présupposés de liberté et d'égalité⁶³.

Dans un système patriarcal, il est essentiel que tous les sujets croient à ces possibles liberté et égalité. Le droit, par sa fonction idéologique, participe à la construction d'une vision unifiée de la société. Sur la base des prémisses du Code civil, les femmes et les hommes sont libres et égales ou égaux et leurs relations sont légalement structurées de manière

⁶² C.c.Q., art. 1.

⁶³ Comme exemple de critique de l'égalité formelle en droit civil : Marlène CANO, « L'égalité formelle c. l'égalité véritable : exemples législatif et jurisprudentiel en droit de la famille au Québec », (1992) 11 *Can. J. Fam. L.* 233.

individuelle plutôt qu'entre deux groupes sociaux. L'importance accordée à la liberté et à l'égalité, à l'intérieur du droit étatique, est nécessaire pour que la division sexuelle du travail et les violences sexuées, caractéristiques de l'exploitation patriarcale, deviennent un problème propre à chaque personne, ainsi réduit à des situations individualisées au lieu d'être le produit de rapports sociaux de sexe.

Dans la présente section, je constaterai tout d'abord le pouvoir du droit étatique de créer une fiction, située dans le temps et cohérente avec une certaine compréhension du monde, par l'entremise de la personne juridique. Cette personne fictive possède par essence l'égalité et la liberté, ce qui provoque ainsi un décalage entre le sujet de droit et l'expérience de vie humaine. Ensuite, j'expliquerai la critique féministe de MacKinnon sur les difficultés du droit positif de représenter les femmes, et ce, en raison des prémisses de liberté et d'égalité sous-jacentes à la personne juridique.

3.1.1 Le sujet de droit en droit civil, une fiction juridique

La montée de l'individu à l'intérieur du droit occidental n'est pas le fruit du hasard. C'est une des grandes transformations de la révolution bourgeoise. L'individu est considéré comme libre et l'égal des autres membres de la société. Sa liberté est fondée sur l'autonomie de sa volonté, aux origines du rapport contractuel. Ainsi, il s'affranchit de l'asservissement génétique propre à l'ordre aristocratique⁶⁴. Avec la Révolution française, le statut social ne se définit plus à partir du statut à la naissance, mais se fonde plutôt sur la propriété privée. L'organisation sociale se construit désormais sur la possession de biens. En faisant de la propriété privée l'outil d'émancipation du système monarchique, les révolutionnaires ont créé ainsi un rapport individuel aux biens. Ce contrat social libéral traduit un rapport de gens à objet⁶⁵.

⁶⁴ Eric J. HOBBSBAWM, *L'ère des révolutions*, coll. « Historiques », Bruxelles, Complexe, 1988, p. 235.

⁶⁵ Dorval BRUNELLE, *Le Code civil et les rapports de classes, suivi d'Une analyse sociologique de la loi canadienne de l'assurance-chômage*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 1975, p. 1.

L'individu fabriqué par le droit positif repose sur différentes prémisses, dont la liberté et l'égalité. À l'intérieur du corpus juridique, ces deux qualités sont constitutives de l'ontologie même de la personne juridique. Dans cette logique caractéristique du droit positif, le sujet est pré-social. Le système juridique fabrique une créature imaginaire qui ignore tout des conditions sociales de vie des êtres humains. C'est ce qu'explique Nathalie Le Bouëdec : « Or, en ignorant la dimension sociale de l'homme, le droit occulte également les inégalités sociales. Car le principe d'égalité est lui aussi une fiction : il ne vaut que pour les personnes juridiques, pas pour les individus réels⁶⁶. »

Ainsi, par l'entremise du droit, l'État crée un sujet désincarné. Cette distance permet au droit positif de construire une certaine réalité cohérente à l'intérieur de la discipline juridique. L'écart existant entre l'être humain dans sa globalité et la personne juridique permet au droit d'ignorer les inégalités sociales. Elles deviennent simplement extérieures à l'expertise de la discipline du droit moderne.

Plus encore, comme le souligne Joan W. Scott, cette figure imaginaire, pourtant dépendante de son époque et des rapports sociaux qui l'organisent, devient un modèle qui permet de déterminer qui sera visé.e ou non par le droit. Ainsi, malgré ses prétentions à l'universalité, la fiction juridique qu'est le sujet de droit « a aussi servi à exclure ceux qu'elle définissait comme des non-individus, ou des sous-individus, parce qu'ils différaient de la figure singulière de l'être humain⁶⁷ ».

En présupposant une ontologie présociale du sujet de droit, appuyée sur des qualités universelles, le droit fait complètement abstraction de la construction sociale des individus et des inégalités structurelles existantes. Poser de manière abstraite que le sujet de droit est asexué n'empêche pas

⁶⁶ Nathalie LE BOUËDEC, « Vers une pensée critique du droit? Critique de l'individualisme libéral et théorie du droit social chez les juristes sociaux-démocrates weimariens », dans Hourya BENTOUHAMI, Ninon GRANGÉ, Anne KUPIEC et Julie SAADA (dir.), *Le souci du droit : où en est la théorie critique?*, Paris, Sens & Tonka, 2009, p. 29, à la page 30.

⁶⁷ Joan W. SCOTT, *La citoyenne paradoxale : les féministes françaises et les droits de l'homme*, Paris, Albin Michel, 1998, p. 24.

pour autant que, socialement, le sexe et le genre sont des sources d'exploitation pour la moitié de la population. Les deux demeurent des catégories « empiriquement effectives⁶⁸ », malgré leur « dénégalation⁶⁹ ». Le fait d'appartenir à une classe de sexe plutôt qu'à l'autre donne réellement des indices sur les conditions d'existence d'une personne. Sous des couverts universels, le sujet juridique est incapable de personnifier cette contradiction entre les classes de sexe. Il adopte alors le point de vue du groupe dominant.

3.1.2 La liberté et l'égalité, comme descriptif d'un sujet mâle

Aux fondements de la construction juridique vue précédemment existent des principes d'objectivité et d'universalité. En effet, la personne juridique prétend incarner une neutralité suffisante pour que chaque justiciable puisse s'y identifier. La capacité de représentation du sujet de droit repose sur un premier principe d'objectivité. À l'intérieur de la discipline du droit moderne, le sujet en question incarne l'être humain. Il est d'ailleurs posé comme asexué. Selon la théorie dominante, il ne représenterait donc pas un point de vue particulier, mais une vision universelle. Dans une perspective féministe, Rosemary Hunter observe que la construction de ce sujet est fondée sur plusieurs présupposés libéraux. Il serait « rational, autonomous, self-contained, self-possessed, self-sufficient and formally equal before the law⁷⁰ ». Ces caractéristiques décriraient un individu neutre du point de vue du sexe. Pourtant, explique-t-elle, ces éléments essentiels ne prennent pas en considération les conditions de formation des groupes sexuels. Certaines caractéristiques sont plus accessibles et décrivent mieux un groupe plutôt que l'autre. En niant les inégalités structurelles des femmes et des hommes, le droit positif crée une personne juridique apparemment sans sexe. L'utilisation d'un sujet asexué transforme les problèmes directement liés au sexe du sujet en situation d'exception. Par exemple, se pose régulièrement la question à savoir si des lois particu-

⁶⁸ C. GUILLAUMIN, préc., note 9, p. 216.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ Rosemary HUNTER, « Contesting the Dominant Paradigm: Feminist Critiques of Liberal Legalism », dans Margaret DAVIES et Vanessa E. MUNRO (dir.), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Farnham et Burlington, Ashgate, 2013, p. 13, à la page 13.

lières devraient être adoptées pour faciliter l'accès des femmes à de hautes fonctions à l'intérieur des conseils d'administration. Cette façon de faire corrobore l'idée que les femmes ont des besoins particuliers et spécifiques par rapport à ceux des hommes⁷¹. Elle ne pointe pas la masculinité implicite du sujet de droit, qui le rend incapable de capter cet écart de classe. En raison de la masculinité sous-jacente, le droit ne réussit pas à saisir la situation concrète des femmes⁷².

MacKinnon fait une critique de l'objectivité légale qu'elle pose comme un critère de construction de connaissances qui protège les intérêts patriarcaux. En cela, cette objectivité dessert la classe des femmes. En droit, elle se manifeste de différentes façons : « The separation of form from substance, process from policy, adjudication from legislation, judicial role from theory or practice, echoes and reechoes at each level of the regime its basic norm : objectivity⁷³. » En raison du principe d'objectivité sous-jacent à la construction de toutes les connaissances juridiques, le monde tel qu'il a été conçu à partir des descriptions implicites du droit positif ne correspond pas à la « réalité ».

MacKinnon va plus loin dans sa critique pour examiner les conséquences de l'objectivité mâle sur la construction du sujet de droit à l'intérieur de la Constitution américaine. Si, bien sûr, de nombreuses distinctions sont à faire entre le droit américain et celui qui est applicable au Québec, y compris le droit constitutionnel, une telle prudence n'enlève aucune pertinence à l'analyse de MacKinnon. Pour elle, l'objectivité supposée à l'origine de la constitution du sujet de droit décrit pourtant les conditions de vie spécifiques de la classe des hommes. De ce point de vue dominant, avant toute intervention étatique, les êtres humains seraient libres et égaux. Il n'existerait donc pas de différences structurelles entre les hommes et les femmes. L'idéologie mâle permet donc de prôner une égalité idéaliste, intrinsèque au sujet de droit⁷⁴.

⁷¹. Margaret DAVIES, « Taking the Inside out, Sex and Gender in the Legal Subject », dans Ngaire NAFFINE et Rosemary J. OWENS (dir.), *Sexing the Subject of Law*, North Ryde, Information Services, 1997, p. 25, à la page 29.

⁷² R. HUNTER, préc., note 70, à la page 14.

⁷³ C.A. MacKinnon, préc., note 21, p. 162.

⁷⁴ *Id.*, p. 161-163.

3.2 Être sexué ou sexué(e) ou bien ne pas l'être, telle est la question?

Dans la première section de la troisième partie, je me suis intéressée à la désexualisation du sujet dans le droit positif. Pourtant, il est commun chez les juristes de plaider l'existence du sexe comme cause possible de discrimination. À cet effet, le droit reconnaît l'existence de deux catégories de sexe. Le sujet de droit porte donc parfois explicitement la marque sexuelle.

La théorie féministe remet en question cette action du droit de pouvoir donner ou retirer un sexe à son sujet. Dans un premier temps, la critique féministe du droit interroge les origines de ce sexe et met ainsi en lumière un paradoxe dans la pensée juridique. Ce paradoxe se concentre autour de l'importation de références naturalistes à l'intérieur du droit positif. Dans un second temps, la critique féministe remet en question la capacité réelle du droit à déssexualiser son sujet. Au contraire, elle met en avant que le sexe mâle est « performatif », au sens butlérien, de la personne juridique et que les catégories de sexe sont transversales et « performatives » dans l'organisation du droit de l'État.

3.2.1 Un paradoxe naturaliste autour du sexe juridique

La critique féministe relève un paradoxe en droit autour du sexe du sujet de droit : la présence à la fois d'un sujet posé comme neutre, entre autres, sur le plan du sexe, mais aussi une sexualisation du même sujet, à certains moments jugés opportuns par le législateur. Ce paradoxe fait ressortir l'importance et l'omniprésence du sexe dans la construction du sujet de droit. L'intérêt d'étudier un paradoxe est qu'il « [met] en lumière les insuffisances [d'un] cadre conceptuel⁷⁵ ». Il permet donc de pointer un problème de logique à l'intérieur d'un cadre conceptuel, mais dont le résultat peut différer selon les clés de lecture utilisées.

J'ai tout d'abord expliqué qu'à l'intérieur de la doctrine juridique le sujet de droit est posé comme asexué. Pourtant, le même sujet est par-

⁷⁵ Nicolas ROOS et François TULKENS, « Paradoxe en droit », dans André-Jean ARNAUD et Jean-Guy BELLEY (dir.), préc., note 38, p. 422, à la page 422.

fois explicitement sexué, sans qu'il existe pour autant de définition légale du sexe. Par exemple, le sexe est clairement reconnu comme une catégorie à l'intérieur des chartes canadienne et québécoise⁷⁶, qui ne doit pas provoquer de discriminations⁷⁷. La personne juridique peut donc faire l'objet d'une double qualification antinomique. Elle peut à la fois être sexuée et non sexuée.

Pour bien comprendre la construction de ces catégories de sexe et le rôle du droit dans leur formation, il faut lire les mots de Colette Guillaumin : « Des notions de race et de sexe on peut dire qu'elles sont des formations imaginaires, juridiquement entérinées et matériellement efficaces⁷⁸. » Le droit occupe alors une fonction précise de légitimation de ces catégories, en les transformant en critères juridiques.

Scott, dans un ouvrage qui analyse l'histoire des luttes féministes pour la citoyenneté en France, débute par une observation centrale. Elle constate « un lien surprenant entre deux universalismes contradictoires : l'universalisme des droits politiques individuels [...] et l'universalisme de la différence sexuelle [...] D'une part, des droits naturels qui transcendent toutes les différences; de l'autre, des différences naturelles qui ne peuvent être transcendées⁷⁹. »

Deux concepts tirés de la « nature » se contredisent : d'abord, l'universalité présumée de droits propres à toutes les personnes humaines; ensuite, des sexes donnés comme naturels et fondateurs de différences. L'histoire raconte que les différences sexuelles ont été suffisamment importantes pour remettre en question le statut même de « personne » des femmes, démontrant ainsi que, si les droits étaient universels, le statut de

⁷⁶ À cet effet, voir la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 15, al. 1, et la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 10, al. 1.

⁷⁷ Michelle BOIVIN, « La catégorie "Femme/s" dans la discrimination sur le sexe », (1998) 13 *Can. J.L. & Soc.* 29.

⁷⁸ C. GUILLAUMIN, préc., note 8, p. 185.

⁷⁹ J.W. SCOTT, préc., note 67, p. 9.

« personne », par contre, était limité à une certaine classe de sexe⁸⁰. Pour reprendre les mots de Scott, « [l']universalisme de la différence sexuelle a donc prévalu sur celui des droits naturels; en conséquence, l'individu abstrait n'a pas été neutre, mais indubitablement masculin⁸¹ ».

L'idée d'universalité et de différence sexuelle repose sur une forme de contradiction, qui se trouve même au cœur du mouvement féministe⁸². Ngaire Naffine constate qu'obtenir une personnalité juridique a nécessairement pour effet d'individualiser, relativement à l'exercice des droits et des devoirs. À l'inverse, constate-t-elle encore, le fait de se voir désigner légalement comme femme ou comme homme rattache les individus à d'autres en les classant dans cette dichotomie⁸³.

La contradiction se révèle double. Dans un premier temps, elle oppose une connaissance du sujet basée sur l'identité individuelle, incarnée par la personne juridique. Pour exister, celle-ci doit se distinguer de tout groupe social en vue d'affirmer son individualité à l'intérieur de la fiction juridique. À l'opposé, le droit positif reforme des groupes en déclarant des identités sexuelles obligatoires, fondées sur des différences présumées naturelles, qui divisent la société en deux catégories distinctes. Deux identités contraires s'observent chez le sujet de droit : la première, asexuée, est celle avec laquelle le sujet se distingue des autres membres de la société, en raison de différences personnelles; la seconde, sexuée, repose sur une identité commune fondée sur la division sexuelle.

⁸⁰ À titre d'exemple, voir la célèbre affaire *Edwards* où les juges ont dû se demander si le mot « personne » employé dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* incluait les femmes et les autorisait à devenir sénatrice : *In the Matter of a Reference as to the Meaning of the Word, Persons, in Section 24 of the British North America Act*, [1928] R.C.S. 276, et *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124.

⁸¹ J.W. SCOTT, préc., note 67, p. 10.

⁸² *Id.*, p. 20 : Scott soulève également une contradiction aux fondements du mouvement féministe, soit la « nécessité d'affirmer et de refuser à la fois la "différence sexuelle" ». Selon cette auteure, ce paradoxe est constitutif du mouvement lui-même et participe à son énergie militante.

⁸³ Ngaire NAFFINE, « Our Legal Lives as Men, Women and Persons », (2004) 24 *Legal Stud.* 621, 621.

Dans un second temps, il existe une opposition entre le sujet asexué de droit et les relents naturalistes derrière le sujet marqué par le sexe. Le droit considère les femmes et les hommes du point de vue de leurs différences, tout en affirmant leur égalité. Toutefois, les origines de ces différences ne sont pas expliquées par le législateur. En effet, le critère du sexe à l'intérieur de la législation n'est pas défini. Une telle absence suggère que le droit reconnaît des différences présociales. Le droit de l'État intègre des « observations naturelles » et les transforme en faits juridiques. Alors que la personne juridique asexuée repose sur la capacité du droit à créer une fiction caractéristique de la méthode juridique, la reconnaissance du sexe intègre une idéologie naturaliste⁸⁴ qui transcende ce pouvoir du droit de créer sa propre réalité. Cette idée de nature apparaît clairement à l'intérieur de la doctrine juridique. Voici une citation de Gérard Cornu sur les origines de la personne juridique parlante à cet égard : « Fondé sur la nature, sur la biologie, le droit civil répond ici aux exigences de la vie : c'est la vie qui réclame [...] d'être reconnue. Fort de sa conformité à la nature (au droit naturel), ce principe positif gouverne l'acquisition et la perte de la personnalité juridique⁸⁵. »

Le lien proposé entre la formation juridique du sexe et celui de la nature peut sembler en contradiction avec l'idée soutenue en introduction selon laquelle le droit est une pratique matérielle et, par conséquent, historicisée. Selon cette théorisation féministe, l'idée de « nature », retenue par le droit, est elle-même une construction idéologique et, par conséquent, se trouve éminemment dépendante du contexte historique dans lequel elle se forme. La conception de la « nature » ne repose donc pas sur une observation « objective » de « faits naturels », mais est elle-même le produit des rapports sociaux de sexe.

L'idéologie naturaliste, omniprésente dans nos sociétés, permet de poser l'existence de deux sexes différents. De telles différences permettraient de justifier la division sexuelle du travail et les violences sexuelles. Selon MacKinnon, il importe moins d'établir que ces différences

⁸⁴ *Id.*, 631.

⁸⁵ Gérard CORNU, *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*, coll. « Université nouvelle : Précis Domat », Paris, Éditions Montchrestien, 1980, p. 182.

sont sociales que d'insister sur la dimension essentielle du pouvoir à l'origine de cette division⁸⁶. L'idéologie naturaliste repose sur un raisonnement inverse de l'analyse féministe matérialiste et radicale. La première soutient que les inégalités sexuelles découlent des différences entre les femmes et les hommes, alors que la seconde explique ces inégalités comme des contradictions dues à la « division matérielle du pouvoir⁸⁷ » qui produisent les classes sexuelles. Cette critique radicale dénonce l'intégration de la conception naturaliste des sexes à l'intérieur de la structure juridique, qui a pour effet de rendre le droit inapte à comprendre la construction des sexes comme une relation de pouvoir. Les inégalités sexuelles en droit deviennent de l'ordre de fatalités naturelles, pour lesquelles le législateur ne peut qu'amoindrir les conséquences.

L'idée même de sexe obligatoire à l'intérieur du droit, calqué sur des observations dites naturelles, entre en conflit avec la prémisse de liberté à la base du sujet de droit. Comme le souligne Naffine, la personne en droit n'a pas le choix de porter un sexe ou non, pas plus qu'elle n'a le choix du sexe qu'elle porte. Cette détermination repose sur une décision médicale, intégrée au droit positif, et doit absolument être effectuée dans une logique dichotomique⁸⁸.

L'analyse féministe propose une explication au paradoxe du sexe en droit. Le sujet est toujours sexué, parfois explicitement en deux groupes sexuels, parfois implicitement en adoptant la posture du sexe dominant⁸⁹.

3.2.2 Le sexe, une catégorie « performative » en droit civil

Contrairement aux prétentions du législateur, l'analyse féministe suggère que la neutralité du genre masculin camoufle une personne sexuée en permanence. Sur ce point, Naffine résume bien le débat⁹⁰. Elle relève une tension constante entre la personnalité juridique et le sexe à l'intérieur du droit. À son avis, autant la personnalité juridique que le sexe sont des

⁸⁶ C.A. MacKinnon, préc., note 21, p. 58.

⁸⁷ *Id.*, p. 58 : nous traduisons ainsi l'expression « material division of power ».

⁸⁸ N. NAFFINE, préc., note 83, 633.

⁸⁹ M. DAVIES, préc., note 71, aux pages 34-36.

⁹⁰ N. NAFFINE, préc., note 83, 633.

concepts fondamentaux dans la théorie juridique. Cela signifie que la construction du sujet de droit se fait nécessairement autour de la question sexuelle. Une telle prise de position rompt avec l'orthodoxie en droit voulant que le sujet soit d'abord neutre pour ensuite devenir sexué de manière intermittente. Au contraire, pour cette autrice, les deux aspects sont interdépendants et le sexe est une constante en droit. Selon sa perspective critique, le sujet de droit est toujours sexué et il occupe une position homologue à celle de la classe des hommes. Le sujet de droit est « performé » par les normes de genre, comme l'explique Butler. Cette première conséquence suppose une remise en question de la prémisse selon laquelle la personne juridique ne serait sexuée qu'à certains moments précis et que les catégories de sexe ne seraient significatives que dans des relations précises. Le droit familial et la notion de mariage, longtemps fondés sur la relation hétérosexuelle, font alors figure d'exemples archétypaux où le sexe serait significatif, en opposition avec le droit commercial, où le sexe des personnes est présumé sans conséquence.

La relation existant entre la construction de la personne juridique et le patriarcat a comme seconde conséquence que les qualités attribuées au sujet de droit s'interprètent à partir du point de vue de la classe des hommes. La norme de genre « performe » à nouveau. Les femmes ne correspondent pas au sujet universel du droit, mais deviendraient plutôt des sujets partiels ou des sujets particuliers du droit civil. En d'autres termes, l'égalité et la liberté présumée en droit civil existent pour la classe des hommes et prennent leur forme actuelle en raison même du système d'exploitation de sexe. Cependant, la promotion par le droit étatique d'un accès possible à ces deux valeurs permet de masquer leur ancrage à l'intérieur des rapports sociaux de sexe.

À la lumière de cette analyse, le sujet de droit ne se limite plus à une description de la manière par laquelle le droit positif appréhende l'être humain. Il incarne aussi un mécanisme dépendant de la reproduction du système patriarcal et nécessaire à celle-ci. La section suivante expose plus précisément la manière dont la masculinité sous-jacente du sujet de droit participe à l'organisation du droit du logement, en déterminant les caractéristiques légitimes de la personne à loger à travers les catégories de « propriétaire » et de « locataire ».

4. Les catégories de « propriétaire » et de « locataire » comme performance du point de vue situé des hommes

Le cadre méthodologique et théorique ayant été présenté, j'examinerai à présent comment le point de vue de la classe des hommes situé en amont de la conception du sujet de droit a des répercussions directes sur la construction des catégories en droit civil, et ce, à travers l'exemple de celles de « propriétaire » et de « locataire ». Mon projet s'apparente à une « généalogie ». Le mot est ici emprunté à Butler, qui s'est elle-même inspirée de Foucault et de Nietzsche : « Faire une "généalogie" implique [...] de chercher à comprendre les enjeux politiques qu'il y a à désigner ces catégories [...] comme si elles étaient leurs propres *origine* et *cause* alors qu'elles sont en fait les *effets* d'institutions, de pratiques, de discours provenant de lieux multiples et diffus⁹¹. »

Faire la « généalogie » des catégories de « propriétaire » et de « locataire » qui structurent le système d'habitation permettra de mieux comprendre comment les rapports sociaux de sexe sont transversaux⁹² de la constitution de ces statuts juridiques et marquent le droit du logement, malgré ses apparences asexuées.

À l'intérieur du droit positif, les biens immeubles agissent comme des intermédiaires au cœur des relations entre individus à loger. Ce rapport aux biens permet de qualifier la personne à loger par le législateur. C'est par lui qu'il construit sa connaissance sur cette personne. À l'intérieur du Code civil, le rapport aux biens est établi par différentes modalités de détention, telles que la propriété, la copropriété ou la location, et devient relation entre personnes juridiques, par l'entremise du rapport contractuel. Dans la majorité des cas, la personne sera propriétaire ou locataire du bien habité. Par extension, ce rapport aux biens immeubles permettra de définir les relations entre les personnes à loger.

Mon regard critique sur ces deux catégories fondamentales du système d'habitation s'intéresse à la relation fictive et partielle qu'elles créent

⁹¹ J. BUTLER, préc., note 37 p. 53.

⁹² D. KERGOAT, préc., note 4, p. 103.

par l'entremise des contrats de vente et de location. En effet, et comme je le montrerai tout au long de cette section, les catégories de « propriétaire » et de « locataire » incarnent la personne à loger à partir de critères restreints, ce qui provoque à l'intérieur du droit positif une qualification juridique incomplète et insuffisante, du point de vue de la classe des femmes, notamment sur les enjeux de travail et de violence. Cette approche limitée du droit civil crée un écart entre le logement tel qu'il a été négocié et l'ensemble du phénomène social sur lequel il porte. L'écart en question prend un caractère sexiste, selon les éléments dont le droit tient compte et ceux qui resteront ignorés du législateur. Dans une perspective féministe matérialiste, ces choix ne sont pas le produit du hasard, mais se révèlent nécessaires pour assurer la reproduction du système patriarcal.

J'exposerai tout d'abord le fait que ces catégories reposent sur une division et une hiérarchisation entre les sexes. Dans le contexte de cette généalogie critique, cela signifie de s'intéresser à la manière dont le point de vue de la classe des hommes est transversal dans la conception juridique de ce que sont un ou une propriétaire et un ou une locataire. Ensuite, j'examinerai comment ces catégories « performant », au sens butlérien, le sujet visé par le droit du logement à l'intérieur du droit civil. La performance en question produit une homogénéisation du sujet de droit qui, à son tour, provoque une exclusion de certains groupes sociaux.

4.1 La division et la hiérarchie sexuelles dans les catégories du droit civil

Les résultats obtenus à propos de la sexualisation permanente du sujet de droit remettent en question la possible application universelle de certaines catégories, apparemment asexuées, notamment celles de « locataire » et de « propriétaire ». Par extension, et en fonction de la relation juridique ou du niveau de qualification, les personnes visées par ces catégories peuvent également être considérées comme des cocontractantes, des débitrices hypothécaires, des copropriétaires, des sous-locatrices, des vendeuses, des acheteuses, etc. J'utiliserai plus généralement les catégories « propriétaire » et « locataire » pour désigner cet ensemble de situations.

Pour Delphy⁹³, le processus de catégorisation est attaché aux rapports de pouvoir lorsqu'il divise et hiérarchise. En ce sens, les catégories sexuelles sont un moyen de diviser la société en deux groupes, mais surtout de les hiérarchiser. Selon Kergoat⁹⁴, la division sexuelle du travail est au cœur de ce principe de division des sexes. Elle justifie l'existence de travail d'hommes et de femmes, mais surtout la différence importante de valeur donnée à ces différents travaux et la hiérarchie qui en résulte. Socialement, certaines formes de travail seraient dévolues aux hommes, alors que d'autres appartiendraient aux femmes. Cette division répondrait aux « deux principes organisateurs⁹⁵ » qui sous-tendent la division sociale à l'intérieur des rapports de pouvoir : « le *principe de séparation* (il y a des travaux d'hommes et des travaux de femmes); le *principe hiérarchique* (un travail d'homme « vaut » plus qu'un travail de femme)⁹⁶ ». Les deux principes permettent de capter le rapport de domination créé par cette division du travail.

Cette division et cette hiérarchie se retrouvent-elles également dans le système d'habitation? La première réponse qui vient en tête est probablement que non. Tout le monde a besoin de se loger. Pourtant, et malgré les apparences universelles et neutres de la question du point de vue du sexe, un très bref examen statistique permet de constater qu'il existe d'importants écarts entre la manière de se loger et l'expérience vécue à domicile selon les classes de sexe. En résumé, les femmes souffrent de problèmes d'accès au logement, exécutent la majorité du travail domestique dans les maisons et sont fréquemment victimes de violences derrière les portes closes de leur logis. Des données tirées de recensements antérieurs⁹⁷ témoignent que les femmes doivent accorder une plus grande part de leur salaire au paiement du loyer, notamment en raison des différences salariales qui perdurent au Québec entre les sexes. Statistiquement, les femmes sont surreprésentées à l'intérieur de la catégorie des personnes qui souffrent de besoins impérieux en matière de logement, comme l'a comp-

⁹³ Chr. DELPHY, *L'ennemi principal 2 : Penser le genre*, préc., note 8, p. 9-10.

⁹⁴ D. KERGOAT, préc., note 4, p. 229.

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ Odile LÉGARÉ et Paul SÉNÉCAL, *Les femmes et le logement : un pas de plus vers l'égalité*, Québec, Société d'habitation du Québec, 2012.

tabilisé la Société canadienne d'hypothèques et de logement (SCHL)⁹⁸. De plus, le logement représente également un lieu de travail pour les femmes. En effet, nombre de personnes dépendent du travail des femmes pour assurer leur maintien à domicile⁹⁹. Les femmes effectuent la majorité du travail domestique, que ce soit comme « épouses¹⁰⁰ » du logis, en tant que « proches aidantes¹⁰¹ » ou à titre d'employées. Finalement, et malgré la presque totale absence de données statistiques sur la question, le domicile représente un lieu potentiel de violences « sexuées » pour les femmes, car c'est à la maison qu'elles sont le plus souvent tuées, harcelées, violées, menacées, etc.¹⁰² Ainsi, non seulement le critère du sexe est déterminant relativement à l'accès et à la qualité du logement, mais également il signifie que le fait d'appartenir à l'une ou l'autre des classes de sexe modifie le rapport à l'habitation. En d'autres termes, le logement qui devrait être un espace de paix et de repos représente pour plus de la moitié de la population québécoise un lieu dont l'accessibilité se révèle coûteuse et précaire, un lieu de travail gratuit et un lieu de violences potentielles.

⁹⁸ SOCIÉTÉ CANADIENNE D'HYPOTHÈQUES ET DE LOGEMENT, *L'Observateur du logement au Canada 2010*, en ligne : <<http://www.cmhc.ca/fr/inso/bi/index.cfm>> (PDF) (Consulté le 18 décembre 2017).

⁹⁹ MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX (QUÉBEC), *Répartition de la population de 25 à 54 ans, selon le nombre d'heures consacrées aux travaux ménagers, sans rémunération, selon le sexe, Québec, 2006*, Section : Environnement social et familial, Sous-section : Temps consacré aux travaux ménagers, en ligne : <<http://www.msss.gouv.qc.ca/statistiques/sante-bien-etre/index.php?Nombre-dheures-consacrees-aux-travaux-menagers-selon-le-sexe>> (Consulté le 24 septembre 2014).

¹⁰⁰ Cette expression est empruntée à une sociologue et économiste pour désigner les femmes qui occupent elles-mêmes le logis qu'elles entretiennent : Saskia SASSEN, « Mondialisation et géographie globale du travail », dans Jules FALQUET (dir.), *Le sexe de la mondialisation : genre, classe, race et nouvelle division du travail*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2010, p. 27, aux pages 37 à 38.

¹⁰¹ Cette expression est privilégiée à celle d'« aidantes naturelles » pour rompre avec l'idée que ces tâches reviennent naturellement aux femmes.

¹⁰² Pour les agressions à caractère sexuel exclusivement, les CALACS estiment que 87% de ces agressions ont lieu dans un domicile. Voir : Centre d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel (CALACS), *Statistiques compilées au sein des CALACS membres pour l'année 2014-2015*, en ligne : <<http://www.rqcalacs.qc.ca/statistiques.php>> (consulté le 19 juin 2019).

Je sou mets ici que les catégories de « propriétaire » et de « locataire » participent à la reproduction et au maintien de ces écarts sexuels. Bien évidemment, ces catégories reposent en grande partie sur le pouvoir étatique. Guillaumin, dans son ouvrage intitulé *L'idéologie raciste*¹⁰³, propose une critique du droit. En s'intéressant aux rapports de pouvoir racialisés et sexuels, elle démontre que des groupes sociaux aux apparences naturelles, tels que les femmes ou les personnes « racisées », sont en fait des « formations imaginaires » que le droit entérine : « En effet, le caractère naturel (la race, le sexe), étant catégorie légale, intervient dans les rapports sociaux comme trait contraignant et impératif¹⁰⁴. »

Il ne s'agit pas de dire que les catégories de « propriétaire » et de « locataire » sont des catégories naturelles, ni même qu'elles le deviennent à l'intérieur du droit civil, mais plutôt d'examiner la manière dont les catégories de sexe opèrent derrière ces figures du système d'habitation, leur façon d'entériner implicitement des caractéristiques naturalistes. À partir des critères établis de division sexuelle du travail et de violences sexuelles, il importe de comprendre, dans un premier temps, en quoi la division sexuelle opère à l'intérieur même des catégories constituées par le droit civil. Autrement dit, comment ces catégories, en niant la différence sexuelle qu'elles supportent, participent-elles à leur donner de la légitimité? Dans un second temps, il faut saisir la manière dont cette division devient constitutive de l'organisation même du droit du logement, participant à l'établissement de la hiérarchie qui existe entre les sexes à l'intérieur des logis.

Ce lien se comprend avec la notion de « non-interdiction » que détaille Guillaumin : « L'appartenance au groupe dominant se marque au contraire juridiquement par la non-interdiction pratique, l'indéfinie possibilité. Expliquons-nous : légalement rien n'empêche un membre du groupe dominant [...] d'entrer dans la pratique des catégories dominées¹⁰⁵. »

¹⁰³ Colette GUILLAUMIN, *L'idéologie raciste : genèse et langage actuel*, coll. « Folio/essais 410 », Paris, Gallimard, 2002.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 350.

¹⁰⁵ C. GUILLAUMIN, préc., note 8, p. 192-193.

En d'autres termes, le dominant a toujours le choix d'accomplir les tâches qui incombent autrement au groupe dominé. Comme groupe social, les hommes peuvent choisir de faire le ménage sans être payés, mais les femmes n'ont pas cette marge de manœuvre. Les deux catégories fondamentales en droit civil reproduisent ces « non-interdictions », en ignorant un ensemble de facteurs nécessaires à la satisfaction du droit au logement. Ainsi, ni les propriétaires ni les locataires, dans le contexte du rapport contractuel légal, que ce soit dans un acte de vente ou un bail locatif, ne semblent devoir accomplir de tâches domestiques pour assurer le fait de vivre dans un domicile. À l'exception de l'article 1974.1 du Code civil¹⁰⁶, qui facilite la résiliation unilatérale des baux résidentiels pour les victimes de violences commises à domicile, leur sécurité ne paraît pas faire l'objet d'une menace systémique. Autrement dit, les catégories créées par le droit civil comme actrices du système d'habitation ont le choix ou non de faire du ménage. Elles ont aussi la capacité de ne pas se sentir menacées à domicile. Cette façon d'envisager le mode d'occupation des lieux correspond au point de vue du groupe dominant, celui qui profite de la division sexuelle du travail et qui a le pouvoir de violenter le corps des femmes. La division des tâches à accomplir pour l'entretien du logement ne fait pas partie de la négociation légale. Les membres du groupe dominant ont alors le choix ou non d'effectuer des tâches domestiques, mais pas les membres du groupe dominé. Ce travail peut aussi être repoussé sur d'autres travailleuses domestiques, généralement « racisées », mais qui sont quand même majoritairement des femmes¹⁰⁷. Les propriétaires et les locataires, comme figures juridiques, bénéficient de non-interdictions. Les rapports sociaux de sexe deviennent alors constitutifs de catégories fondamentales en droit civil.

4.2 « Performer » des catégories homogènes et d'exclusion

Il vient d'être démontré comment les statuts de « propriétaire » et de « locataire » sont construits de manière à bénéficier de la division

¹⁰⁶ Pour une analyse introductive féministe de l'article 1974.1, voir Marie-Neige LAPERRIÈRE, « Perspective féministe sur l'article 1974.1 du Code civil du Québec. Une protection efficace dans la vie des femmes locataires victimes de violences? », (2018) *Revue canadienne de droit et société* 33, 41.

¹⁰⁷ S. SASSEN, préc., note 100, aux pages 37-38.

sexuelle du travail et personnifient un individu à l'abri des violences sexuelles. Autrement dit, le sexe sous-jacent du sujet de droit est constitutif des catégories créées par le rapport contractuel pour structurer le droit du logement en droit civil.

Or, ces catégories ont également un effet homogénéisant et d'exclusion. Le droit, comme pratique étatique légitime, « performe » à partir des normes de genre une certaine réalité qui, sans capter l'ensemble du phénomène social, en occupe, dans certains domaines, un monopole descriptif. À titre d'exemple, en matière de logement, le ou la propriétaire et le ou la locataire prennent des allures ontologiques de la personne à loger, alors que ces deux statuts sont le produit d'une certaine pratique juridique. Le droit devient alors le référent pour décrire le phénomène social qu'est le logement. Une telle description de la réalité sociale par le juridique définit les possibles dans les limites de la légalité. En établissant les paramètres par lesquels l'individu à loger existe dans le système d'habitation, le droit décrit les moyens légitimes pour se loger et fabrique également les pôles de revendications.

Dans une perspective féministe, cela signifie que, en entérinant le point de vue de la classe des hommes à l'intérieur de deux catégories fondatrices en droit civil, ce point de vue devient universel et provoque, par conséquent, une exclusion de ce qui lui est différent. Le pouvoir en question donne à la classe des hommes la capacité d'ignorer tout le travail domestique nécessaire pour assurer le droit au logement, de même que la capacité de relayer à des problèmes personnels et individuels les atteintes à la sécurité physique et psychologique. Ce point de vue dominant détermine quels sont les critères légitimes à prendre en considération pour appuyer les relations juridiques à l'intérieur du système d'habitation.

Le concept d'homogénéisation signifie que les catégories de « propriétaire » et de « locataire » reposent sur un point de vue mâle. L'imposition de ce dernier a comme effet de diviser et de hiérarchiser les personnes à loger : celles qui bénéficient de ce système et celles qui sont différentes, parce que leur position de classe ne cadre pas avec la figure dominante de l'individu à loger. L'expérience collective d'exploitation constitutive de la catégorie « femmes » se trouve alors réduite à des pro-

blèmes individuels. Ils seront traités comme des besoins particuliers par rapport à la figure dominante et exigeront, par conséquent, des modifications législatives ponctuelles ou encore des programmes spécifiques. Les femmes, en tant que groupe social, deviennent alors exclues de la conception même de ce que sont *un* propriétaire et *un* locataire. Leur réalité, soit celle d'être la principale main-d'œuvre à domicile et de subir des violences à la maison, est étrangère au statut juridique qu'elles occupent à l'intérieur du système d'habitation. En ce sens, les catégories de « propriétaire » et de « locataire » excluent d'emblée la réalité empirique de la classe des femmes, relativement à la satisfaction de leur droit au logement.

Conclusion

L'essai théorique féministe qui précède se veut une contribution à la pensée critique du droit, et ce, dans un domaine trop rarement exploré, soit le droit civil. Afin d'encourager cette recherche critique, j'ai suggéré certains outils analytiques et méthodologiques et rendu compte de leur application en droit civil.

En deux mots, j'ai appliqué dans mon texte le raisonnement suivant : à partir de la théorie du point de vue situé et d'une compréhension de l'effet performatif des normes de genre sur le droit étatique, ainsi que du pouvoir performatif du droit lui-même sur la société, j'ai proposé une méthodologie nouvelle pour analyser et critiquer le droit civil. Afin d'illustrer une application de ces idées, j'ai ensuite démontré que le sujet de droit porte en permanence un sexe mâle caché, en raison du point de vue de la classe des hommes sous-jacente à sa construction. Cette sexualisation implicite du sujet laisse des traces sur les catégories du droit civil, telles que celles de « propriétaire » et de « locataire », et devient une piste d'explication pour comprendre les mécanismes propres au droit civil dans la reproduction des écarts sexuels en matière d'habitation. Elle suggère en outre que, pour obtenir des changements concrets dans l'habitation, il ne suffira pas d'adopter des modifications mineures, mais bien de repenser entièrement les outils actuellement privilégiés par le droit civil.

Ma proposition méthodologique n'est pas une fin en soi. Elle représente une invitation à d'autres pensées critiques, notamment pour des

réflexions sur les oppressions nombreuses et répétées que subissent les peuples autochtones et les autres groupes « racisés » au Québec, entre autres dans l'habitation. À mon avis, le droit civil, en raison de son caractère fondamental dans le système législatif québécois, mérite une attention accrue de la part de la théorie critique du droit, dans l'espoir de changer les choses.